

北九州市立大学法政論集第 46 巻第 3・4 合併号（2019年3月）抜刷

# 論 説

## 当事者能力について

—— 法人でない社団における当事者適格との  
統合についての一小論 ——

小 池 順 一

## 論 説

# 当事者能力について ——法人でない社団における当事者適格との 統合についての一小論——

小 池 順 一\*

- 1 はじめに
- 2 学説の状況
- 3 私見の展開
- 4 おわりに

## 1 はじめに

近時、当事者能力概念に揺らぎが見られる。

これは次の事象による影響とみられる。第一に、多様な小規模集団の出現とその集団を巡る現代的紛争の増加に対し、当事者能力の要件を緩和して、これに対応しようという実務上の要請である<sup>(1)</sup>。そもそも、法人でない社団であっても、実体法上の紛争に関わる事例があるということで、民法では権利能力が認められないが、民事訴訟法 29 条で当事者能力を認めることとなったのである。しかし、近年、住民団体・消費者団体・環境保護団体などによる訴訟が増大しているが、これらの団体に当事者能力が認められず、訴えの提起が認められない、ひいては法の保護が受けられないという事態が生じている。

---

\* 本学法学部教授

第二に、法人でない社団が、給付訴訟の当事者、特に被告となった場合に、従来の形式的当事者概念を前提とした当事者適格概念では応答できず、何らかの手当をして、当事者能力で対応せざるを得ないのではないかという理論上の問題の発生である。

従来、学説は、容易に対応できる場合には、第一ステージとして、一般的資格である当事者能力で対処し、次に、第二ステージとして、当事者適格で対応するという形で訴訟の効率的な運用を予定していたはずである。それが、第二ステージの当事者適格では対応できず、第一ステージであったはずの当事者能力で応接しなければならないという当事者能力へのいわば逆流現象が起きている。これは、当事者能力と当事者適格の交錯という形で、近年、議論されているが、未だ研究は少ない。

本稿は、このような従来の当事者能力概念では対応できない事象の出現という現状に鑑み、従来の学説はあくまでも形式的当事者概念を前提とした議論であったが、形式的当事者概念には固執せず、これを離れて、「当事者」概念の再定義という出発点からこの問題を検討することを目的とする<sup>(2)</sup>。

2 において、学説の状況を整理し、3 において私見を開陳することとする。

## 2 学説の状況

### (1) 当事者能力と当事者適格の関係について

まず、当事者能力と当事者適格との関係について、学説を概観する。

当事者能力とは民事訴訟の当事者となることのできる一般的資格であり、当事者適格とは訴訟物との利害関係で訴訟の当事者となることのできる具体的資格と定義し、両者は相互に独立した概念であったとされる<sup>(3)</sup>。

もともとは、当事者能力は、民法という権利能力に対応するもので、民事訴訟法 28 条においても民法その他の法令に従うと規定している。従って、実体法上の権利主体、紛争当事者が、訴訟という場面に移行し、訴訟当事者となるに際し、訴訟法上の規律を受けることになり、特に、民事訴

訟法第 29 条で法人でない社団においてその関係が問題となることになるわけであるが、民事訴訟法 28 条と民事訴訟法 29 条との関係については、後述する。

これに対し、両者は民事訴訟の本案判決の名宛人に適した当事者を選別すると言う共通の目的を有しているから、両者の間に何らかの連続性を認めることができるのではないかとする説が、近時、有力となっている<sup>(4)</sup>。

このような有力説に対して、「両者の間に連続性を認めることは、各概念の自殺につながる危険を伴う」とする指摘もある<sup>(5)</sup>。

## (2) 当事者能力と当事者適格の交錯

本稿では、最近の当事者能力と当事者適格に何らかの連続性を認める学説を前提に検討を進めることとする。両者は相互に連動して判断されるのではないかという点から、近時では、当事者能力と当事者適格の交錯という形で議論されようになって来ていること周知の通りである<sup>(6)</sup>。

なお、私見は、このような交錯現象から、少なくとも法人でない社団に限定して考えた場合に、理論的には当事者能力と当事者適格との全体的な統合化への可能性も考えられるのではないかと考えており、この見地から検討することとする。

まず、この当事者能力と当事者適格の交錯現象について検討する。

例えば、給付訴訟の事例で考えると、通説によれば、一般的には自然人または法人である原告が自然人または法人である被告に対して給付請求を起こした場合に、民事訴訟法 28 条により権利能力のある原告、被告に当事者能力が認められることになり、給付訴訟であるから、当事者適格については、請求権の主体であると主張する者が正当な原告であり、義務の主体であると主張される者が被告とされることになる<sup>(7)</sup>。

この場合に両者には交錯はない。

ところが、ここで法人でない社団が当事者となった場合に 2 つの問題が生じることになる。第 1 に、民事訴訟法 29 条により当事者能力が認められるかが問題となる。第 2 に、では、当事者能力が認められたとして、次に、

その当事者能力のある社団に当事者適格が認められるかが問題となる。

特に、当事者適格については、その法人でない社団に、事件限りの権利能力概念を認め<sup>(8)</sup>、その社団が権利義務の主体となることを承認し、社団に固有の当事者適格を認める見解（固有適格構成）と財産は構成員全員に総有的に帰属し、社団はこれを訴訟担当者として行使するものと解する見解（訴訟担当構成）とが対立する<sup>(9)</sup>。

また、法人でない社団とされるための要件についても対立がある。民事訴訟法 29 条の規定については、一般的には給付訴訟等の訴訟類型が異なっても同一であり、原告が自然人でも、法人でも、法人でない社団でも、訴訟物とは無関係に要件を判断するべきであるとされる。

これに対し、有力説は、法人でない社団の要件の一部は、訴訟物との関係で判断するべきであるとし、その要件適用を相対的に考える<sup>(10)</sup>。所説が、当事者能力を訴訟物との関係で考えるべきとするのは、当事者適格との関係で考えるべしとするのと同趣旨で、ここで当事者能力と当事者適格の交錯が見られることになる<sup>(11)</sup>。

なお、民事訴訟法 28 条と民事訴訟法 29 条の関係について簡潔に考えてみる。これは民事訴訟法 29 条の法的性質に関わる問題といえる。まず、当事者能力概念の位置づけを確認する。形式的当事者概念の下では、どのような法人でない社団でも当事者となることができることになる。この理解に基づけば、当事者能力は当事者適格と同様に当事者として本案判決を受けられる資格となり、そこに連続性がみられ、当事者能力は当事者として本案判決を受けるという意味で一般的概念とも云われる<sup>(12)</sup>。

では、当事者能力と当事者適格とが交錯する場合があるとして、そこで重点が当事者能力に置かれる場合と当事者適格に置かれる場合とが存在する。

当事者適格に重点が置かれる場合として、前述の民事訴訟法 29 条の法的性質についての論争がある。一般には、法人でない社団の当事者能力を規定したものと解されているが、これに対し、法人でない社団の法定訴訟担当を認めた規定と解する見解もある<sup>(13)</sup>。

後者の見解に従って、民事訴訟法 29 条が当事者能力規定でないと解すると、民事訴訟法 29 条以外に社団の当事者能力の根拠規定を探す必要性が生じるが、現行法上そのような規定は見当たらず、民事訴訟法制定の経緯を見ても、このような解釈は難しい<sup>14)</sup>。

では、当事者能力と当事者適格の両者を規定したものと考えなのか。当事者能力と当事者適格の双方を規定したものと考えれば、民事訴訟法 29 条は 2 つの要件を規定したことになるが、第三者の訴訟担当の場合で、当事者能力は認められるが当事者適格は認められないような事例では、民事訴訟法 29 条は適用できないという問題が生じる可能性があり、このような解釈でも不都合といえる。いずれにせよ、訴訟担当構成では、行き詰まると思われる。

でも、あえて訴訟担当構成に基づいて考えると、民事訴訟法 29 条は当事者適格を規定したものとならざるを得ないであろう。では、同条を当事者適格規定とすると、民事訴訟法 29 条適用の判断において、当事者適格の判断の比重が重くなり、当事者能力が当事者適格に吸収される可能性が生じる、いわば当事者能力と当事者適格が極端に交錯する事例となることになる<sup>15)</sup>。

これは、当事者適格に重点が置かれた結果、当事者能力が当事者適格に近接する形態といえる。

次に、当事者能力に重点を置いた議論としては、例えば、法人でない社団の当事者能力の要件の緩和について、特に、財産的独立性について、学説の上で議論がみられる。

この点、判例は、団体としての組織、多数決の原理、構成員の変更に關わらない団体の存続、組織における代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての重要な要素が確定していることを当事者能力の要件とする<sup>16)</sup>。

これに対して、学説は、この要件を整理して、対外的独立性、対内的独立性、内部組織性、財産的独立性の 4 要件を挙げ、この 4 要件により、訴訟物と関係なく当事者能力を判断するべきとする<sup>17)</sup>。

この4要件のうち、財産的独立性については、当事者能力が認められるための一般的な要件ではなく、法人ではない団体が、金銭給付訴訟の被告となる場合に限定して要件の一つとなるが、一般的な事例では不可欠の要素ではなく、他の要件と併せて団体の独立性を判断する補助的要件に留まるとする見解がある<sup>(18)</sup>。

所説は、財産的独立性とは、団体に独自の財産があるか、独自の財政が維持されているかなどの要素であると定義し、法人でない団体が金銭給付訴訟の被告であるときは不可欠の要件であるが、その他の訴訟では他の要件と相まって団体の一般的独立性を認定するための一つの補助的要件にすぎないとしている<sup>(19)</sup>。

この点、法人でない団体が給付訴訟の被告となった場合に、金銭給付訴訟では当事者適格概念が機能不全に陥るので、当事者能力によって対応し、これを不適切な者として無資力の団体を排除しようとするのが所説の狙いであろうが、一般的には、強制執行の実現可能性は当事者適格の判断には関係しないとされ、個人が無資力であるか否かは、当事者適格の判断には関係しないことを考えても、「財産的独立性については無資力を考慮すべきではなかろう」という批判もある<sup>(20)</sup>。

いずれにせよ、このように給付訴訟では、形式的当事者概念に基づいて、原告として訴えた者、またはその相手方に当事者適格が認められるという当事者適格の基準により、団体の当事者適格は特に問題とならず、よって当事者適格概念は十分な機能を果たすことができないといえる。そこで当事者能力の有無の判断として、団体の資力について実質判断をする必要が生じるという、いわば、当事者能力が当事者適格の判断の肩代わりをする事例が現出することになる<sup>(21)</sup>。

これは当事者適格が当事者能力に近接する形態といえる。

前述の如く、当事者能力と当事者適格との関係性について、当事者能力の当事者適格への近接、または当事者適格の当事者能力への近接という交錯現象が部分的にも見られることは事実である。

私見は、基本的には当事者能力と当事者適格との間において、何らかの

連続性を認めることは、合理的であるとする。しかしながら、そもそも、当事者能力が一般的な資格であり、当事者適格が具体的な資格とする形式的当事者概念に基づく区分自体が妥当といえるのか。また、判別が困難な事例では、まず、判別容易といわれる当事者能力によって排除し、次に、当事者適格において判別することが効率的であるという考えは、例えば、法人でない社団の財産的独立性の有無を判別するという作業に関して、学説において議論が錯綜し、実際の訴訟でもその判別に時間を要することが多いであろうことを考慮すると、妥当であるのか疑問である。

いずれにせよ、このように当事者能力と当事者適格が相互に近接する状況は、取り敢えず法人でない社団に限定したとしても、両者を統合して考える一つの契機となるのではないだろうか。

なお、法人でない社団の要件については、財産的独立性だけではなく、他の要件についても激しい論争があり、その要件の有無の判別に困難を極めるという状況は、法人でない社団に限定して考えれば、当事者能力は容易に判別できるという前提が崩れている一証左ではないであろうか<sup>22)</sup>。

### 3 私見の展開

一般的には、当事者能力とは当事者として本案判決を受ける一般的資格であり、当事者適格は訴訟物との関係で本案判決を受ける具体的な資格といわれる。これは形式的当事者概念を前提とした立論であるが、形式的当事者概念を所与のものとして、その前提として議論することには前述の如く疑問がある<sup>23)</sup>。通説は、当事者能力の有無についての判断は容易であり、いわばシンプルなもので、この基準を用いれば不適切な訴えは早期に排除でき、裁判を効率的に運用できるとするが、法人でない社団に当事者能力が認められるのかという問題は、当事者能力の4要件のうち、特に財産的独立性を巡って複雑な様相を呈する。

例えば、どのような要件を具備した時に、法人でない社団とされるかに関して、その要件、内容については対立があり、これを判断する時に審理



に際し時間を要すこと前記に示した。つまり、従来の当事者能力概念で効率的に訴訟を処理できるとは、一概に言えない状況が出現しているといえる。法人でない社団について、できる限り多くの団体に訴訟への道を開き、直面する紛争について裁判所の判断を仰ぎたい、法の保護を求めたいという要請は根強く、その妨げとなる当事者能力という入り口を少しでも広げたいという社会の要請には配慮することが必要である。

この点、筆者には、少なくとも法人でない社団の事例に限定して考察すると、理論的に考えて、当事者能力と当事者適格という2つの概念設定には意味があるのか、両者の交錯現象の出現を考慮すると、両者を統合して考えることができるのではないかという問題意識がある<sup>24)</sup>。

では必要性が認められるとして、その基礎は何に求められるのであろうか。

そもそも、歴史的には、実体的当事者概念では、本案において権利が判断される前に当事者を定めることはできず、第三者による確認の訴え、訴訟担当等の理論の進展に対応できない為、形式的当事者概念が採用されたとされ、しかしながら、形式的当事者概念は、その名において訴えまたは訴えられた者を当事者とするが、この概念定義では実体的に無内容である為、訴訟物との関係で本案判決の名宛人として適切な者は誰かという当事者適格概念を導入して、正当な当事者を選別しようとしたといわれる<sup>25)</sup>。

要するに、形式的当事者概念では、概念設定の範囲が広く、したがって実質的には無意味に等しい。だから、これを補うために、通説は当事者適格という概念を設定したが、これは無意味に広げた概念範囲をまた無理に狭めようとするもので、つまるところ理論的に迂曲である。これは、紛争当事者の中から、訴訟当事者となる者を決める場合に、その範囲をまず無理に広げ、次にこれを不自然に狭めるという事である。ならば、当初から、訴訟前の状況における交渉状況などの紛争の実態を直視し、その実態に応じて、すなわち紛争の実質に適合するように訴訟当事者を決定すれば済む話である。つまり、当事者概念を適切に設定すれば、これは解決できる問題であり、当事者能力と当事者適格という2つの概念設定の意味はないと

いえる。当事者能力も当事者適格も当事者として訴訟に関わることのできる資格として、一つのものに統一するべきである。

この場合、用語については、当事者適格に当事者能力が吸収されるという形も考えられるが、条文上、当事者適格という文言はなく、当事者適格に用語を統一するのは適切ではない。結果として、統合という形を採るならば、民事訴訟法 28 条に文言がある当事者能力という用語に統合する方が妥当である<sup>26)</sup>。

このように用語を統合したとしても、従来の当事者適格に関する学説上の研究が無意味というのではなく、あくまでも用語上の問題なので、従来の議論はそのまま引き継がれるべきものである。本稿で問題としているのは、統合された当事者能力概念の下で認められる当事者の定義である。

では、「当事者」をどのように定義するべきか。通説は、形式的に当事者を「その名で訴えまたは訴えられる者」とするが、この点、私見は、訴訟前の状況も考慮した上で、実質的意義を有する当事者概念を提唱する。私見は、訴訟を動態的に把握し、訴訟をいくつかの局面に区分し、当事者概念をそれぞれの段階に応じた暫定的なものとして捉える（暫定的当事者概念）。

本稿で問題とするのは、訴えの提起時点であるから、ここでは、原告に限定すると、当事者とは「実体法上の紛争主体として訴えを提起した者」と定義されることになる<sup>27)</sup>。これを当事者能力という用語を用いて置き換えると、当事者能力とは「実体法上の紛争主体として訴えを提起した者」に必要とされる資格ということになる。では、具体的に、どのようなことが求められるのか。訴訟というものは、最終的には、当事者の納得が得られないならば解決しないものである。当事者の納得を得るためには、当事者の主体的な関与を認めることが必要となる。人は、主体的に関与できて、初めて結果に納得できるのである<sup>28)</sup>。

ここで、紛争を解決することを目指し訴えを提起するという行動に出た小規模集団は、訴訟に主体的に関与したと評価でき、当事者としての資格を認めてもよいと思われる。

つまり、当事者としての資格に関しては、紛争当事者の中から訴訟に主体的に関与したいと望んで訴え提起という行動に出た者に、その資格を認めるべきである。この点、裁判所または誰かの視点から誰か適切な者を選別するという観点より、紛争当事者の主体性を尊重しようという観点が重要と考える。

小規模集団であっても、紛争に巻き込まれている団体については、できる限り、この集団に訴訟の道を残す必要があるべきであるが、私見の定義に従えば、小規模集団であっても、当事者としての資格は認められる場合が増えると考えられる<sup>29)</sup>。

この点、財産について、無資力であれば、敗訴の場合に誰が訴訟費用を負担するのかなどの問題はあるが、これは個人や法人の場合も同様である。

また、小規模集団といっても色々な形態が考えられるが、その小規模集団が内部分裂しているときにどう対応するべきか、特に固有必要的共同訴訟に該当する団体では、問題が残る。

さらに、財産的独立性について、これを不要とする考えも有力で、私見もこれに賛成するが、いわゆる法人でない社団として認められるための4要件のうち、他の要件についても疑問が残る。

内部組織性に関して、これを重要視するべきであろうか。多くの小規模集団では、判例・学説が求めるような組織を有しているわけではなく、これを要件化することは、高いハードルを設定することになり、小規模集団の訴訟への道を閉ざすことになるのではなかろうか。

対外的独立性・対内的独立性の要件についても、これは紛争主体性、つまり紛争の主体か否かに収斂されるのではないか。

すなわち、対外的独立性については、条文からも代表者の存在は不可欠であるが、他の構成員からの独立性については柔軟な運用が可能であろう<sup>30)</sup>。次に、対内的独立性については、判決の効力が及ぶのは誰かという問題などがあろうが、ある程度の同一性が認められれば、独立性を認めるべきであろう<sup>31)</sup>。いずれにせよ、対外的独立性・対内的独立性という要件は、紛争主体性を判断するための補助的要件に過ぎないと考えるべきである。

## 4 おわりに

私見は、当事者能力を実体法上の紛争主体として訴訟による解決に主体的に関与する者に認められる資格と定義するが、これではあまりに抽象的であり、内容が空虚であるという批判が考えられる。このような批判に対しては、抽象的ではあっても、絶対に守られるべき原則（基本的原則）を確たるものとし、これを具体的・個別的事例に「あてはめる」作業の重要性を指摘することにより、反論しうると考える。

例えば、正義、公平という基本的原則を具体的な事例にあてはめていく作業は、判例法主義に通じるものといえる。

アメリカがスタンダードになりつつある現代のグローバル社会で、英米法系の判例法主義が大きな比重を占めるようになってきたこと、法科大学院における法教育の現状、多種多様な小規模集団の成立、増加とそれに伴う小規模集団を巡る訴訟の増加、データベースの充実による判例検索の簡易、迅速化などの諸要素を考えると、判例法主義の拡大は必然といえよう。

しかしながら、当事者の予測可能性を確保するためにも、伝統的な法理論の確立、充実、すなわち成文法主義も必要不可欠のものといえる。

これからは、判例法主義と成文法主義のハイブリッド司法の時代となるのではないであろうか。

本稿では、当事者概念を再定義することにより、当事者能力と当事者適格との関係性について考察した。当事者適格は、当事者の確定の問題にも通じるものがあるので、今後は、当事者の確定の問題について、その思考を広げたい。

また、当事者概念、当事者能力、当事者適格、当事者の確定の諸問題について、判例を分析することにより、その類型化、そしてこれらを統一する理論の精緻化に努めていきたい。

## 注

- (1) 井上治典「ある権利能力なき社団の当事者資格」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』(有斐閣、2001年) 569頁以下、特に595頁は、都市化した現代社会においては、かつての地域の共同体のような組織が崩壊し、それに代わって緩やかなつながりを持つ多様な小規模な集団が成立し、このような小規模集団が紛争に巻き込まれ、その当事者となる事例が増えているとし、法人でない社団の当事者能力について、判例、学説は、団体の多様性に鑑み、紛争が生じている以上、当事者能力を弾力的に認めていこうとする傾向にあるとする。井上教授の分析によれば、当事者能力の判断が問題となった団体として、裁判肯定例としては、従業員組合、設立登記未了の法人、芸能人後援会、青年団支部、頼母子講、町内会、従業員の親睦団体、ボウリング場建設阻止を目的とする住民団体、育英会、沖縄の血縁団体「門中」、環境を守る会、たばこ自動販売機共済会、動物実験の廃止を求める会などがある。同 597頁以下。

池田辰夫「法人でない社団の当事者能力」『民事訴訟法判例百選[第4版]』(有斐閣、2010年) 20頁は、近時の当事者能力の要件の緩和傾向には、「住民団体や消費者団体を当事者として認めるべきだとする実践的な要請と、当事者能力と当事者適格を同列の問題としてとらえ、判断の容易な事項を当事者能力の問題として扱うとする理論的な要請がある」とされ、適格消費者団体制度の導入など公益法人制度改革の流れの中で、判例が法人でない社団の当事者能力について、どのような態度をとるか注目すべきとする。

小島武司「住民団体・消費者団体の当事者能力」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座(1)』(日本評論社、1981年) 279頁、特に280頁以下は、住民団体などに当事者能力を認めるかは、個人による提訴か、団体による提訴かと言う技術的選択の問題ではなく、提訴の難易度を大きく左右する要素であり、特に格差利益に関わる訴訟では団体による訴訟の追行を難しくすることは、事実上裁判へのアクセスを狭める結果になるとし、新しい権利に対して裁判への道を開き、市民の権利についての対論の場を設けるべきであり、その為に、裁判制度の基本構造に関して理論的な検討が必要であり、その1つとして当事者能力理論についても再構成が必要とする。例えば、紛争管理権論を当事者能力の判断のスタートとするような考えも示されるが、私見のように、当事者能力と当事者適格の区別の廃止までは、射程に入れておられないようである。

福永有利「住民団体・消費者団体の当事者能力—住民訴訟・消費者訴訟の場合を中心として—」『民事訴訟当事者論』(有斐閣、2004年) 480頁以下、特に481頁は、住民団体、消費者団体を「設立当初の目的は親睦を図る等他の目的であっても、また住民・消費者としての共通の利益を守ることが、必ずしもその団体の主たる目的とはいえないものであっても、その団体が住民・消費者としての共通の利益を守る

ことを一つの目的としており、あるいは現にそのような目的のために活動している」団体と定義し、これらの団体をめぐる事件の類型に応じて、当事者能力の要件を検討する必要を述べている。同「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」501頁以下、参照。

なお、法人制度改革について、名津井吉裕「法人格のない社団・組合をめぐる訴訟と当事者能力・当事者適格」法律時報85巻9号35頁注2に詳しい。団体に関する法律が整備された結果、法人格のない団体には、その実態に合った処理を要求する考え方が有力になってきている状況については、同注3に詳しい。

その他、法人でない社団・組合の当事者能力、当事者適格については、高田裕成「民法上の組合の当事者能力」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務、2005年）1頁、青木 哲「給付訴訟における権利能力のない社団の当事者適格と本案の問題について」伊藤 眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』（有斐閣、2015年）3頁、堀野 出（報告）「法人格のない社団の当事者能力と当事者適格—民事訴訟法29条の適用効果を中心に」民訴雑誌62号（2016年）81頁等の多数の文献がある。

- (2) 筆者は、当事者概念、当事者適格などの当事者が関係する領域について、「当事者」概念を再定義することにより、問題を理論的に統一して説明できないかという見地から、すでにいくつかの論稿を発表している。小池順一「新当事者適格論—紛争解決利益説の提唱—」法学研究83巻1号（2010年）461頁（第一論文）、同「当事者概念試論」法政論集第43巻第3・4合併号（2016年）180頁（第二論文）など。

当事者及び当事者適格などの領域に関しては、松原弘信「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開（1）～（4・完）—ドイツにおける学説の変遷を中心に」熊本法学51号97頁以下、52号33頁以下、54号59頁以下、55号25頁以下（1987年～1988年）、同「当事者論における当事者概念—『当事者総論』構築への1考察」民訴雑誌53号（2007年）1頁以下、同「当事者論における当事者権の研究序説」熊本法学122号（2011年）31頁以下、同「当事者適格概念の理論的基礎と同概念不要説の批判的検討」熊本ロージャーナル12号（2016年）1頁などの松原教授の一連の研究がある。

- (3) 兼子 一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』（酒井書店、1965年）108頁以下、158頁。  
(4) 伊藤 眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂、1978年）80頁は、当事者能力は、目の粗い篩、当事者適格は目の細かい篩と説明する。これは訴訟前・訴訟外の状況に鑑み、一定の利害関係を有する者のなかから誰を当事者として選別することが妥当かという当事者適格のいわば積極的機能を前面に押し出した考えといえる。新堂幸司『新民事訴訟法第5版』（弘文堂、2011年）144頁も伊藤説の考えを受け、当事者能力は本案判決をしても有効適切な紛争解決が期待できないような当事者を選別するものであり、その意味で当事者適格と同じ目的を持ち、「当事者能力はすべての訴

訟物に共通する当事者適格の問題」とする。福永有利「当事者能力と当事者適格の交錯」『民事訴訟法判例百選Ⅰ〔新法対応補正版〕』（有斐閣、1998年）88頁。高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013年）175頁注2は、当事者能力と当事者適格との境界線は、流動的であるが、両概念の併存を認めることが望ましいとする。

井上・前掲注(1)576頁は、紛争当事者を「訴訟当事者に移行させることに権利能力なき社団に当事者能力を認める」意味があるとすれば、具体的案件において当事者能力が認められるかについても、一般的要件といっても、具体的な紛争との関係でその団体が訴訟進行することが妥当かどうかの視点を考える必要があるとする。小島・前掲注(1)279頁も当事者能力も当事者適格も「選別的基準として本質的には同根」とする。小林秀之『アドバンス民事訴訟法—民事訴訟法をマスターする』（日本評論社、2007年）29頁、川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社、2013年）51頁同旨。

坂田 宏（報告）「当事者能力に関する一考察 —非法人の社団の当事者能力に関する議論を中心に—」民訴雑誌 51号（2005年）85頁以下によれば、現在の多数説は、目の粗いまたは細かい篩として両者の棲み分け、併存を認めているようである。例えば、団体の意思決定システムについて、意思決定システムが存在しているかが当事者能力の問題であり、そのシステムが全員一致かまたは多数決かが当事者適格の問題とする。判例・学説の到達点としては、同 86 頁以下参照。

- (5) 名津井吉裕「当事者能力と当事者適格の交錯」法律時報 88 巻 8 号 4 頁において、交錯状況についての詳しい検討が行なわれている。
- (6) 名津井・前掲注(5)4 頁。例えば、守備範囲の重複、境界が不明瞭な場合や一方が他方に吸収される場合等が考えられるとする。
- (7) 名津井・前掲注(5)5 頁、福永・前掲注(4) 88 頁、中野貞一郎「当事者適格の決まり方」『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社、1994年）101 頁、徳田和幸「給付訴訟における当事者適格の機能について」『複雑訴訟の基礎理論』（信山社、2008 年）316 頁。
- (8) 兼子・前掲注(3)110 頁は、社団と組合を区別し社団にだけ事件限りの権利能力を認めていた。これは、法人でない社団に民事訴訟法 29 条を適用するのは、訴訟関係の単純化を図る目的があったとされる。学説においても 29 条を組合に適用することに否定的な見解もなお有力である。松本博之「非法人社団の当事者能力と実体関係」民商法雑誌 93 巻 50 周年記念Ⅱ（1986 年）73 頁。
- (9) 名津井・前掲注(5)5 頁は、これを当事者能力と当事者適格の交錯とする。福永・前掲注(4)88 頁も、同様に交錯という用語を使用し、民事訴訟法 29 条の判断基準について、考察している。訴訟担当構成に関する議論については、名津井吉裕「法人でない団体の当事者適格の訴訟担当構成について」民訴雑誌 55 号（2009 年）202 頁以下に詳しい。

- (10) 伊藤・前掲注(4)29 頁。
- (11) 名津井・前掲注(5)5 頁。また、従来、住民団体、消費者団体の当事者能力について、訴訟前の交渉経過、訴訟物との関係等を考慮して、誰を当事者とするべきか、適切な当事者を積極的に選別し、その者に当事者適格を認め、その後に、その判断に応じて当事者能力も考えるべきであると考えがあったが、これも当事者能力と当事者適格が交錯する場面となる。
- (12) 坂田・前掲注(4)91 頁は、「民事訴訟法 28 条は、当事者能力および訴訟能力の原則的規定で、実体法上の規律と訴訟法上の規律とを一致させ、実体法上の権利帰属点となりうる者に当事者能力を認めるもの」で、個人、法人を予定し、訴訟当事者が多数の場合は予定しておらず、これに対し、「民事訴訟法 29 条は、実体法上の権利主体である『共同の利益を有する多数の者』と訴訟当事者である団体とが乖離している場面を規律するために設けられた規定」と理解するべきとする。また、同 93 頁は、判例の要件は、実体法上の権利能力なき社団を規定するものであり、訴訟上という観点からは厳しすぎ、学説の 4 要件も、「特に財産的独立性の要件が当事者能力という、言わば訴訟の入口段階の審理で実質上本案並みの審理を行わなければならないという点で、やはり過大である」とする。
- (13) 坂田・前掲注(4)95 頁。
- (14) 名津井・前掲注(5)9 頁。
- (15) 名津井・前掲注(5)9 頁は、この点、訴訟担当構成を採用しないので、交錯は生じないとする。
- (16) 最判昭和 39 年 10 月 15 日民集 18 卷 8 号 1671 頁。
- (17) 上記の分類は、伊藤・前掲注(4)19 頁以下、40 頁、特に 67 頁は、金銭支払請求訴訟における被告側の財産的独立性について、問題提起する。

民法との関係、民事訴訟法理論の進展状況については、山本 弘「法人でない社団の当事者能力」『民事訴訟法判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣、2003 年）28 頁に詳しい。同、「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』（有斐閣、2001 年）851 頁以下は、共同所有関係下における権利能力なき社団について検討している。
- (18) 伊藤・前掲注(4)71 頁。

長谷部由起子「法人でない団体の当事者能力—財産的独立性の要件をめぐる—」成蹊法学 25 号（1987 年）95 頁は、これが要件となるのは、団体債務について無限責任を負うメンバーが不在で、責任財産となるのは、固有財産しかない事例であるとする。
- (19) 伊藤・前掲注(4)71 頁。高橋・前掲注(4)181 頁は、この財産的独立性について、近時は、すべての訴訟類型において、財産的独立性は当事者能力の独立した要件ではなく、団体の独立性を判断する補助的資料に過ぎないとする見解が有力とする。



菅野孝久「住民団体・消費者団体の当事者能力」『民事訴訟法の争点[第1版]』（有斐閣、1979年）78頁は、「財産の管理」を固有財産の存在というより管理方法の確定という意味に捉え、固有財産の存在は権利能力なき社団の要件とすべきではないとする。

名津井吉裕「民法上の組合の当事者能力」『民事訴訟法判例百選[第4版]』（2010年）24頁は、そもそも、財産的独立性には2つの意味があり、団体財産が観念されることと、団体財産として具体的に財産が存在することの2点は別のものとする。一般的には、前者の意味で用いられることが多いが、伊藤説は後者を含めて考えているのではとして、この点についてなお慎重な検討が必要とする。

高見 進「法人でない団体の当事者能力」『民事訴訟法の争点[第3版]』（有斐閣、1998年）68頁は、団体として独立の財産がなければ団体として継続的な活動ができず、対内的独立性などの他の要件が欠けているとされ、当事者能力自体が否定されることが多いのではないかとする。

- (20) 名津井・前掲注(19)25頁。
- (21) 名津井吉裕「法人でない社団の当事者能力における財産的独立性」民商法雑誌 144巻4＝5号（2011年）466頁、145巻1号（2011年）20頁。
- (22) 名津井・前掲注(5)11頁。高橋・前掲注(4)178頁、例えば、政党、組合などで、上部団体と一定の支配関係のある下部団体の当事者能力について、両者の関係で独立性も問題となり得る。
- (23) 菱田雄郷「当事者の意味・定義」法学教室 251号（2001年）38頁は、「形式的当事者概念も実は複数ある当事者概念の一つに」さすが、「説明の道具として他により適切な当事者＝第三者境界決定の基準があるなら乗り換えて一向に構わない」と形式的当事者概念に疑問を呈する。
- (24) 池田・前掲注(1)21頁は、「当事者能力と当事者適格を同列の問題」とする。
- (25) ドイツにおける状況については、福永有利「ドイツにおける当事者理論の変遷」『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2004年）1頁、名津井吉裕「ドイツにおける当事者能力概念の生成」民商法雑誌 119巻2号（1998年）81頁、119巻3号68頁が詳しい。
- (26) 井上・前掲注(1)569頁は、当事者能力と当事者適格を包摂する概念として、当事者資格という概念を使用しているが、本稿では当事者能力という用語を使用する。
- (27) 小池・前掲注(2)第二論文 172頁以下。
- (28) 主体関与の原則について、伊東乾『民事訴訟法の基礎理論』（日本評論社、1972年）42頁以下参照。
- (29) 小島・前掲注(1)280頁は、住民団体・消費者団体については、組織化の難しさという現状に対応する理論が必要とする。
- (30) 伊藤・前掲注(4)72頁。
- (31) 伊藤・前掲注(4)28頁以下。

**Reprinted from**

**KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU**

**Journal of Law and Political Science. Vol. XLVI No. 3 / 4**

**March 2019**

## **Die Parteifähigkeit**

**KOIKE Jun'ichi**